

MORALES DE SETIÉN RAVINA, Carlos (Editor). *La invención del derecho privado*. Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar. 2006. 266 pp.

Con respecto al derecho romano tiene gran incidencia algo que podríamos llamar el “efecto prólogo”: en muchas ocasiones la presentación de un libro elogia al autor de manera tan apasionada que innumerables lectores se abstendrán de describir el libro como malo o aburrido, aunque lo sea, por la culpa que sienten de menospreciar una obra tan bien prologada. El efecto prólogo puede surgir de algo tan sencillo como un nombre: ¿cuántos lectores de *Hamlet* se rehusarán a dejarlo abandonado sólo porque el rótulo Shakespeare aparece en la carátula? Asimismo, el efecto lo puede imprimir un sello editorial: para muchos será casi un reflejo pensar que un libro es bueno porque lo publica, por ejemplo, Cambridge University Press.

Este efecto, asume una intensidad especial en presencia del derecho romano. Es común escuchar alabanzas del “genio” jurídico romano,¹ y es innegable el impacto casi místico que este derecho conserva en las conciencias de los abogados. Entre los comentarios más comunes en las facultades de derecho debe contarse el de que ésta o aquella institución “viene de Roma”, o aún, que “todo viene de Roma”. Si bien no encontramos una verdadera teoría de representación jurídica en el derecho romano, ni una idea consolidada de las sociedades comerciales,² continuamos afirmando que en últimas nuestro derecho privado, basado en buena medida en esas figuras, empezó en Roma. La visión jurídica imprescriptible de los romanos se atribuye a su genialidad, y su creación ha sido reconocida a través de los siglos como la razón escrita misma, *ratio scripta*. ¿No dice Reinhard Zimmermann que el derecho romano “*constituye, en su conjunto, un logro cultural de tan alto nivel que siempre mantendrá su calidad de modelo para la solución racional de los conflictos jurídicos*”?³

¹ Un ejemplo entre muchos, que destaco por el libro que lo contiene, lo ofrece RICCOBONO, S. “Importancia del derecho romano”. *Derecho civil: Primer año: Lecturas*, Editor Fernando Hinojosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 51: “El método seguido para transformar todas las instituciones jurídicas, tanto en el orden público como en el privado, fue propio del genio de Roma: no con leyes generales o codificaciones, sino, como lo dice Cicerón (Repul. II pr.) ‘*saeculis et aetatibus... usu ac vetustate*.’”

² En uno de los artículos contenidos en el libro reseñado, Geoffrey Samuel dice que “los romanos tratar[on] los problemas de la personalidad jurídica de forma poco compleja” (p. 248).

³ ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Clarendon Press y Oxford University, 1996, p. viii: “[Roman law] constitutes,

En este contexto, *La invención del derecho privado* es una excelente contribución, tanto a la disciplina del derecho romano en Colombia como al debate sobre si ese derecho debe continuar acaparando una o más materias obligatorias en las universidades.

La invención del derecho privado responde a la estructura ya conocida de los libros de la excelente colección Nuevo Pensamiento Jurídico: una introducción detallada (en este caso del editor y traductor de los textos, Carlos Morales de Setién Ravina), seguida de uno o más artículos (dos, en esta oportunidad). El primero se titula “Gayo, el Negro: Una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica Occidental”, y fue escrito por P. G. Monateri.⁴ El segundo, cuyo autor es Geoffrey Samuel, se llama “Derecho romano y capitalismo moderno”.

El protagonista de la obra es, sin lugar a dudas, el polémico artículo de Monateri. En efecto, el editor reconoce en su introducción *que “el texto de Samuel no puede ser sino un ejemplo al que aplicar la crítica”* propuesta por Monateri (p. 20). La diferencia entre los artículos se puede apreciar desde su extensión (120 páginas de Monateri contra 48 de Samuel), pero no sólo radica en eso.

Si bien el texto de Samuel ofrece un cambio refrescante para nuestra tradición, por su discusión desinhibida de las implicaciones políticas del uso moderno del derecho romano, el alcance del artículo no es inesperado. Samuel busca mostrar *“cómo el derecho romano constituye todavía en gran medida la estructura conceptual que se encuentra detrás del derecho occidental”* (p. 220). Por un lado, el autor destaca la división romana entre derecho privado y derecho público. Subraya, además, la forma en que esta separación puede nutrir la ideología capitalista que distingue entre la regulación de la riqueza y las normas sobre la relación entre el Estado y los ciudadanos, manteniendo al Estado al margen de la creación y acumulación de riqueza.

Por otro lado, Samuel indica que la famosa tridivisión de Gayo identificó los ejes fácticos de toda actividad jurídica: *“la división destaca los tres puntos focales, empíricos, de la mayoría de los litigios jurídicos: las personas, los bienes y las acciones judiciales, o lo que es lo mismo, el sujeto, el objeto y la*

in its ensemble, such a high level of cultural achievement that it will always retain its character as a model for the rational solution of legal conflicts”. La cursiva en la cita traducida es mía.

⁴ El texto completo, en inglés, está disponible en: <<http://www.jus.unitn.it/cardoza/users/pigi/blackgaius/bge.pdf>>.

maquinaria del cumplimiento de los derechos” (p. 233). Así, la concepción de persona permite que surjan entidades independientes de los seres mortales que las crean, precisamente las entidades que han facilitado el funcionamiento del capitalismo. Samuel concluye mostrando que el *common law* ha sido mejor heredero de estos aparatos conceptuales que la cultura codificadora que se concibe como sucesora legítima de la tradición romana.

Contra esta perspectiva, que celebra la previsión insuperable del derecho romano, surge la propuesta revisionista de Monateri. En síntesis, nos dice el autor, “*lo que yo llamo ‘derecho romano’ es de hecho un producto multicultural, resultado del esfuerzo de distintas civilizaciones mediterráneas, en su mayor parte africanas y semíticas*” (p. 102). La visión actual del derecho romano como un producto autóctono de los romanos, que sobrevivió, a través de los siglos, para dar lugar en la modernidad a una familia jurídica occidental, es, dice Monateri, una ficción con un claro propósito ideológico: mantener a lo no-occidental al margen de lo occidental, y afirmar la superioridad de la sociedad industrial nacida en el seno de occidente.⁵ Esta visión corresponde al llamado “modelo ario”, forjado por pensadores como Savigny en un momento en que la nueva prosperidad europea quería dignificarse con un linaje respetable y propio.

Opuesto a este planteamiento, Monateri destaca la “teoría afrosemítica”, según la cual “*el derecho romano se desarrolló como un conjunto de préstamos de Egipto y del Medio Oriente*” (p. 124). Además de negar que el derecho romano es una creación autóctona del genio jurídico romano, la teoría afirma que los vecinos de quienes prestó sus figuras eran, en técnica jurídica, más avanzados.⁶ Este modelo fue formulado en los siglos XVIII y XIX, especialmente por académicos franceses como Eugene Revillout y G. Lapogue. Ellos, como los demás defensores de la teoría afrosemítica, fueron vituperados por romanistas empeñados en mantener erguido el pedestal del derecho romano;⁷ el ataque

⁵ Dice Monateri: “desde mi punto de vista, el interés en elogiar el genio jurídico original de los occidentales y de los romanos, como algo que se opone a tomar prestado de otras civilizaciones, es imputable a un proyecto más amplio que sostiene retroactivamente la superioridad ‘cultural’ de la sociedad industrial moderna. Un nuevo rico necesita, después de todo, una genealogía que muestre que no es tan nuevo como pueda parecer” (p. 144).

⁶ El derecho romano, señala Monateri, sería según este entendimiento “un derecho pobre que se desarrolla gracias a los préstamos de modelos jurídicos mucho más complejos desarrollados en la parte oriental de la cuenca mediterránea” (p. 125).

⁷ Los romanistas también estarían interesados, observa Monateri, en preservar sus posiciones profesionales como expositores de un sistema jurídico prestigioso (p. 151).

consistió en “*metáforas, trucos retóricos, argumentos estéticos*” (p. 138), pero no en razones de peso, dice Monateri.

Al prevalecer el modelo ario, el derecho romano pudo cumplir eficazmente su rol como baluarte de un “*proyecto de gobernabilidad cultural global en el campo del derecho*” (pp. 151–152). El derecho romano permitía, por ejemplo, que los comparatistas hablaran de una misma familia jurídica occidental, dentro de la cual los proyectos modernos de integración serían no sólo posibles sino justificados históricamente.

Monateri propone desarticular esas pretensiones. Por un lado, el autor toma las ideas de Alan Watson sobre los préstamos jurídicos para demostrar que los derechos nacionales son siempre multietiológicos, brotando de diferentes fuentes, y que el motor de estos procesos de adquisición de instituciones foráneas consiste en elites aisladas que buscan legitimación (v. pp. 147–149). Así, se descompone la idea de un genio exclusivamente romano forjando un sistema independiente y superlativo.

Por otro lado, Monateri niega que el derecho romano goce de una capacidad excepcional de renovación; la llamada renovación en realidad corresponde, dice el autor, a “*la capacidad especial de los abogados posteriores, especialmente de los especialistas en derecho civil, para adoptar nuevas normas y soluciones y vincularlas a la autoridad de los viejos textos romanos*” (p. 153). Esta apreciación se deriva del modelo discontinuista con el cual Monateri sugiere contrarrestar el modelo continuista que generalmente ha presentado un avance ininterrumpido del derecho romano.

El artículo “Gayo, el Negro” termina con cuatro secciones muy bien logradas, en las cuales el autor estudia diferentes figuras del derecho romano para exponer un carácter que hoy deberíamos considerar imperfecto, extraño, y aún primitivo, pero que acogemos como si estas figuras fueran el producto excelso de un derecho sofisticado. El estudio parte de los contratos, y en particular con el contrato de compraventa, y muestra que la atención desbordada que se le presta hoy al derecho romano de los contratos es difícil de justificar, teniendo en cuenta que la concepción romana de los contratos era en exceso primitiva, y sólo mejoró cuando ellos incorporaron las técnicas de sus vecinos (en particular de los egipcios). ¿Por qué no estudiar directamente el derecho egipcio de los contratos, en vez de insistir con el derecho romano? El estudio llega a conclusiones similares al abordar los

temas del origen del Estado, el procedimiento para hacer efectivos los derechos, y la celebrada casta de juristas romanos.

Esto no conduce a Monateri a descartar el derecho romano. En efecto, él reconoce que el mayor logro de este derecho fue el gran proceso de redacción normativa que ocurrió hacia el final del Imperio. Nos recuerda, sin embargo, que fue un proceso fuertemente multicultural, en el cual el oriente tuvo una participación activa.⁸

La introducción de Morales de Setián Ravina busca subrayar las bases teóricas del artículo de Monateri. El editor disecciona la noción foucaldiana de “prácticas discursivas”, la idea del mito y en concreto del derecho como mito, el concepto de Alan Watson de préstamos jurídicos, y la técnica deconstruccionista de demoler jerarquías.

Quien haya iniciado la lectura de *La invención del derecho privado* nutrido por la admiración reverencial que provoca el derecho romano, es muy probable que luego de leerlo dude del carácter reverencial de su admiración, aunque conserve la admiración. Tampoco sería extraño si cuestionara la supervivencia del derecho como un curso obligatorio en las universidades, especialmente en aquellas facultades en las que ocupa dos o hasta cuatro semestres. ¿No sería más adecuado un curso de historia del derecho que, por ejemplo, le preste amplia atención al derecho egipcio, una atención incluso igual que la conferida al derecho romano?

Sin embargo, cometeríamos un error si, al darnos cuenta de la imbricación del derecho romano y los proyectos ideológicos del siglo XIX, relegáramos este derecho a un tercer plano. Seríamos en igual forma ingenuos si, descubriendo los vicios camuflados de las obras más aclamadas, pretendiéramos negar su impacto. Para retomar una alusión inicial, alguien podría cuestionar el valor de *Hamlet* (por faltarle un “correlacionado objetivo”, por ejemplo), pero se equivocaría si con ese calificativo intentara decir que la errónea apreciación de *Hamlet* a través de los siglos nos permite desecharla como una obra de la máxima relevancia cultural en occidente. Excelente o no, es evidente que considerarla sobresaliente

⁸ Dice Monateri: “[...] lo que ha sido durante siglos conocido como *el legado del derecho romano* fue en realidad el trabajo final de una redacción liderada por juristas no romanos en un entorno no romano, que ocurrió después de la gran crisis, en un periodo de desromanización del Imperio” (p. 214).

durante siglos⁹ la ha insertado dentro de la tradición hasta el punto de que es una lectura obligada en la misma medida en que cierta obra medieval, que podríamos considerar técnicamente superior, no lo es.

Esta advertencia amerita dos comentarios finales. Primero, el hecho de afirmar, durante tanto tiempo, la importancia del derecho romano y su rol como elemento cohesivo de las culturas jurídicas modernas, ha dado lugar a maneras de pensar que, mal que bien, lo han vuelto tanto importante como cohesivo. Por ejemplo, cuando los abogados colombianos quisieron regular una figura tan novedosa como la obligación de un operador de servicios de telefonía local de brindarle acceso a un operador de larga distancia, llamaron a esta figura una “*servidumbre de acceso, uso e interconexión*”,¹⁰ una clara deferencia al sistema conceptual romano de las servidumbres. Igualmente, los doctrinantes que hoy buscan establecer un lenguaje común para el derecho privado internacional recurren libremente a conceptos del derecho romano, y la hermandad que encuentran en un pasado compartido posiblemente ficticio, se convierte en esos instantes en un vínculo con efectos palpables.

Segundo, el artículo de Monateri demuestra con rigor el hecho de que el derecho romano fue un proyecto mutietiológico. Esto debe invitarnos a reflexionar sobre su singularidad, aun haciendo la aclaración de que ser un sistema receptor no imprime “*ningún sello de inferioridad*”, como lo afirma Monateri (p. 149). Pero debemos reprimir la tentación de suponer que todos los sistemas siguen siendo esencialmente prestadores de figuras extranjeras. Estamos acostumbrados a ver lo bien recibidas que son las ideas jurídicas francesas, norteamericanas, y alemanas en la cultura jurídica colombiana, pero no tenemos ninguna razón para suponer que esos sistemas les extienden una bienvenida igual de cálida a los préstamos de países como Colombia. De hecho, en 2004 unas citas en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos provocó un debate sobre la pertinencia de citar tribunales extranjeros; el juez Richard Posner, por ejemplo, se opuso a concederle autoridad de precedente a cualquier sentencia extranjera.¹¹ Pero, ese episodio es sólo un síntoma de un fenómeno que replica la

⁹ Ángel Latorre nos dice que el “*Digesto de Justiniano* es probablemente el libro que más ha tenido influencia en la cultura occidental después de la Biblia”. En: *Iniciación a la lectura del Digesto*, Barcelona, Editorial Dirosa, 1978, p. 9.

¹⁰ Resolución No. 087 de 1997, de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, artículo 1.2.

¹¹ La revista *Legal Affairs* de julio/agosto 2004 recogió el debate. El artículo de Posner se puede consultar en: http://www.legallaffairs.org/issues/July-August-2004/feature_posner_julaug04.msp

disparidad entre países acostumbrados a producir doctrina y aquellos acostumbrados a adoptarla. Los derechos nacionales ya no son siempre, ni todos, proyectos multietiológicos en curso.

A pesar de estas observaciones finales, *La invención del derecho privado* es un aporte académico que supone un reto que la cultura romanística colombiana no puede desconocer. El efecto, prólogo del derecho romano ahora tiene una obra bien pensada como contrapeso. Ojalá su impacto consista en estimular un debate sobre la historia del derecho en el país, y sobre la manera de enseñarla. Termino enfatizando que, al asumir el aporte de esta nueva obra, no debemos caer en el argumento tan usual de que el derecho romano vale la pena sólo en función de su contribución al derecho moderno; esa actitud, que desprecia el valor de lo histórico, puede distraernos de apreciar (algo que no equivale a reverenciar) un logro cultural significativo.

Federico Escobar Córdoba